

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/05/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38237-principio-favor-participationis-no-opzioni-ermeneutiche-per-restringere-la-platea-dei-concorrenti>

Autore: Lazzini Sonia

## **Principio favor participationis no opzioni ermeneutiche per restringere la platea dei concorrenti**

## **Consiglio di Stato decisione numero 685 del 19 febbraio 2016**

in applicazione dei principi del favor participationis, di massima apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza, di trasparenza dell'azione amministrativa e di affidamento, in sede di interpretazione della lex specialis di gara non possono trovare ingresso opzioni ermeneutiche che abbiano come effetto di restringere la platea dei concorrenti attraverso l'introduzione postuma di limiti o restrizioni che non siano stati previsti in modo espresso, chiaro ed univoco nella lex specialis;

sonia lazzini

- il T.a.r., nell'appellata sentenza, ha fatto corretta applicazione di tali principi e criteri interpretativi, non contenendo il bando di gara e il relativo capitolato una specificazione tassativa delle modalità di somministrazione delle merende fresche agli studenti nel senso di imporre un vero e proprio servizio di catering o di mensa e di escludere una relativa distribuzione mediante distributori automatici, sicché non trova ostacolo nella lettera della lex specialis la modalità di distribuzione delle merende fresche (panini, pizzette, ecc.), confezionate dal produttore artigianale e caricate nei distributori automatici quotidianamente dal personale addetto, quale offerta dalla controniteressata;

- infatti, l'indicazione dell'oggetto dell'attività, nel bando di gara, come «servizio fornitura merende fresche e installazione distributori automatici di bevande calde e fredde - a.s. 2014/2017» e la descrizione della tipologia del servizio, nell'art. 1 del capitolato di gara, come «vendita dei prodotti freschi elencati nel listino allegato al bando mediante l'istituzione di una postazione presso la sede centrale e di una presso la succursale», con l'aggiunta che «il servizio prevede, inoltre, l'installazione e la gestione di distributori automatici di bevande calde, fredde», non contengono alcuna specificazione tassativa circa le modalità di somministrazione/vendita delle merende fresche, nel senso di escludere l'impiego di distributori automatici, né nella lex specialis risultano specificati i codici ATECO (di qualificazione dell'attività d'impresa) risultanti dall'iscrizione nel registro delle imprese e da rapportare al servizio oggetto di gara, con conseguente inconfigurabilità del motivo escludente posto a base dell'impugnato atto di esclusione;

- l'ulteriore motivo escludente, per la prima volta dedotto dall'Amministrazione in sede giudiziale – secondo cui la controniteressata, in violazione della prescrizione del capitolare che vieta, testualmente, di «alienare o concedere sotto qualsiasi forma l'esercizio dei diritti e potestà derivategli dalla concessione», avrebbe affidato la preparazione delle merende fresche a un soggetto terzo (tale ditta Panificio G\_) –, oltre ad essere inammissibile, in quanto contrastante con il divieto della motivazione giudiziale postuma, è comunque infondato nel merito, versandosi in fattispecie di prestazioni di somministrazione/vendita e non di produzione di beni alimentari (v., sul punto, l'espresso richiamo, a p. 1 del bando, degli artt. 1559 ss. cod. civ.);

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 685 del 19 febbraio 2016

N. 00685/2016REG.PROV.COLL.

N. 09074/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

2. CONSIDERATO, in linea di fatto, che:

- la presente controversia inerisce alla procedura di evidenza pubblica, indetta dall'Istituto magistrale statale 'C. Baudi di Vesme' di Iglesias con bando del 3 ottobre 2014 per l'affidamento del «servizio fornitura di merende fresche e installazione distributori automatici di bevande calde e fredde - a.s. 2014/2017» (v. così, testualmente, il bando), di cui è rimasta aggiudicataria la controniteressata 2 & C. s.a.s. di S\_ Sergio (in forza di atto di aggiudicazione del 4 novembre 2014), già affidataria del servizio negli anni precedenti, classificatasi al primo posto con 76,17 punti e seguita dall'originaria ricorrente ed odierna appellata controniteressata di Maurizio D\_, la quale aveva conseguito 74,73 punti;

- tale aggiudicazione, su ricorso della controniteressata, è stata annullata dal T.a.r. per la Sardegna con sentenza n. 608 del 30 marzo 2015, con la quale è stata dichiarata illegittima la clausola del bando che prevedeva l'assegnazione di cinque punti all'impresa munita della «attestazione di aver svolto con continuità e senza demerito il servizio di ristoro nella scuola appaltante per almeno 5

anni» – punteggi, attribuito alla controniteressata 2 quale pluriennale affidataria uscente e causalmente determinante per l'aggiudicazione –, per violazione dei principi della parità di trattamento e di concorrenza;

- con tale sentenza è stata, di conseguenza, dichiarata l'inefficacia del contratto e disposto il subentro della controniteressata nel contratto, «previa verifica delle condizioni di legge per la stipula» (v., così, testualmente la citata sentenza);

- successivamente alla menzionata sentenza n. 608/2015 (non impugnata e, ormai, passata in giudicato), in sede di verifica dei requisiti della subentrante controniteressata, quest'ultima, con nota del dirigente scolastico dell'8 maggio 2015, è stata esclusa dalla **gara** con la motivazione che «l'affidamento del servizio è finalizzato alla fornitura di merende fresche e all'installazione dei distributori di bevande calde e fredde, chiaramente specificato oltre che nell'oggetto ancor meglio all'art. 1 del capitolato», che «nel bando non è prevista in alcun modo l'installazione di distributori automatici per alimenti, ma solo per bevande calde e freddo», e che «l'attività della controniteressata si è limitata nel tempo solo ed esclusivamente alla fornitura di alimenti mediante i distributori automatici» (v. così, testualmente, l'atto di esclusione), con conseguente insussistenza del requisito di idoneità professionale in relazione all'attività prevalente della controniteressata, risultante dall'iscrizione nel registro delle imprese della locale C.C.I.A.A. (cod. ATECO 47.99.2.: commercio effettuato per mezzo di distributori automatici; v., al riguardo, anche la precedente nota, pure impugnata, del dirigente scolastico del 22 aprile 2015, secondo cui l'attività in oggetto «prevede non solo l'installazione dei distributori automatici di bevande calde e fredde, ma anche la fornitura di merende fresche da somministrare agli studenti, tramite personale qualificato, nei locali appositi che la scuola mette a disposizione», e che «il servizio di somministrazione di merende fresche richiesto nel bando di **gara** si configura come un "servizio a catering continuativo su base contrattuale", contraddistinto dal cod. ATECO 56.29.2»);

- con la sentenza in epigrafe, il T.a.r. per la Sardegna, nuovamente adito dalla controniteressata, per sentir annullare l'atto di esclusione unitamente agli atti connessi (con ricorso rubricato sub r.g. n. 520 del 2015), annullava gli atti impugnati sul rilievo che, alla luce di un'interpretazione della lex specialis improntata ai canoni di ragionevolezza e buona fede, le modalità di somministrazione delle merende fresche non erano affatto ristrette a quelle, assunte dall'Amministrazione, di «catering continuativo su base contrattuale», e che quindi la distribuzione ben poteva avvenire anche mediante distributori automatici, per la quale attività la controniteressata possedeva la qualificazione di idoneità professionale;

- avverso tale sentenza le Amministrazioni soccombenti hanno interposto appello, incentrato sull'erronea interpretazione della lex specialis operata dal T.a.r. e sulla conseguente erronea negazione della sussistenza della causa di esclusione in capo alla controniteressata, legittimamente posta a base degli atti impugnati in primo grado (causa di esclusione che, secondo l'assunto delle Amministrazioni appellanti, sul piano processuale comporterebbe il difetto dell'interesse a ricorrere avverso l'aggiudicazione in favore della concorrente controniteressata 2);

3. RITENUTA, in linea di diritto, l'infondatezza dell'appello, in quanto:

- in applicazione dei principi del favor participationis, di massima apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza, di trasparenza dell'azione amministrativa e di affidamento, in sede di interpretazione della lex specialis di **gara** non possono trovare ingresso opzioni ermeneutiche che abbiano come effetto di restringere la platea dei concorrenti attraverso

l'introduzione postuma di limiti o restrizioni che non siano stati previsti in modo espresso, chiaro ed univoco nella *lex specialis*;

- il T.a.r., nell'appellata sentenza, ha fatto corretta applicazione di tali principi e criteri interpretativi, non contenendo il bando di **gara** e il relativo capitolato una specificazione tassativa delle modalità di somministrazione delle merende fresche agli studenti nel senso di imporre un vero e proprio e servizio di catering o di mensa e di escludere una relativa distribuzione mediante distributori automatici, sicché non trova ostacolo nella lettera della *lex specialis* la modalità di distribuzione delle merende fresche (panini, pizzette, ecc.), confezionate dal produttore artigianale e caricate nei distributori automatici quotidianamente dal personale addetto, quale offerta dalla controniteressata;

- infatti, l'indicazione dell'oggetto dell'attività, nel bando di **gara**, come «servizio fornitura merende fresche e installazione distributori automatici di bevande calde e fredde - a.s. 2014/2017» e la descrizione della tipologia del servizio, nell'art. 1 del capitolato di **gara**, come «vendita dei *prodotti freschi elencati nel listino allegato al bando mediante l'istituzione di una postazione presso la sede centrale e di una presso la succursale*», con l'aggiunta che «il servizio prevede, *inoltre, l'installazione e la gestione di distributori automatici di bevande calde, fredde*», non contengono alcuna specificazione tassativa circa le modalità di somministrazione/vendita delle merende fresche, nel senso di escludere l'impiego di distributori automatici, né nella *lex specialis* risultano specificati i codici ATECO (di qualificazione dell'attività d'impresa) risultanti dall'iscrizione nel registro delle imprese e da riportare al servizio oggetto di **gara**, con conseguente inconfigurabilità del motivo escludente posto a base dell'impugnato atto di esclusione;

- l'ulteriore motivo escludente, per la prima volta dedotto dall'Amministrazione in sede giudiziale – secondo cui la controniteressata, in violazione della prescrizione del capitolato che vieta, testualmente, di «alienare o concedere sotto qualsiasi forma l'esercizio dei diritti e potestà derivategli dalla concessione», avrebbe affidato la preparazione delle merende fresche a un soggetto terzo (tale ditta Panificio G\_) –, oltre ad essere inammissibile, in quanto contrastante con il divieto della motivazione giudiziale postuma, è comunque infondato nel merito, versandosi in fattispecie di prestazioni di somministrazione/vendita e non di produzione di beni alimentari (v., sul punto, l'espresso richiamo, a p. 1 del bando, degli artt. 1559 ss. cod. civ.);

4. RITENUTA, per le esposte ragioni, l'infondatezza dell'appello con assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisori;

5. RITENUTO che, in applicazione del criterio della soccombenza, le Amministrazioni appellanti debbano essere condannate a rifondere, in favore dell'appellata controniteressata, le spese del presente grado, come liquidate nella parte dispositiva;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 9074 del 2015), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; condanna le Amministrazioni appellanti, in solido tra di loro, a rifondere alla parte appellata costituita in giudizio le spese del presente grado, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre agli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente  
Roberto Giovagnoli, Consigliere  
Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore  
Marco Buricelli, Consigliere  
Francesco Mele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/02/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)